

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN
EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO
GUATEMALTECO**

JOSÉ MIGUEL PAZ BARRERA

GUATEMALA ABRIL DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN
EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ MIGUEL PAZ BARRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

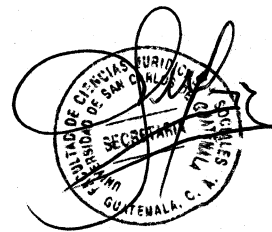
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Abril de 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



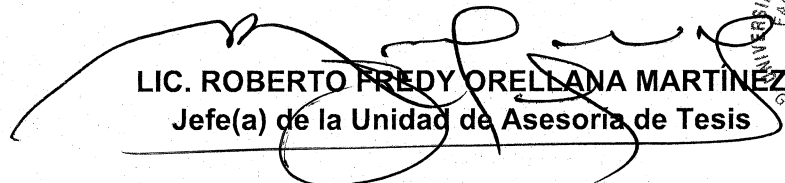
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 17 de agosto de 2017.

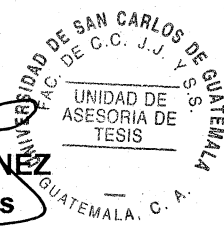
Atentamente pase al (a) Profesional, ROSARIO GIL PEREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÉ MIGUEL PAZ BARRERA, con carné 200412189,
 intitulado LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN EL EJERCICIO DE
LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del
 bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título
 de tesis propuesto.

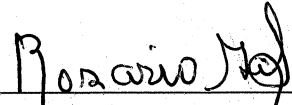
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
 concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
 técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
 estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
 bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
 que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime
 pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

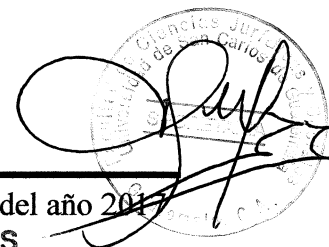


Fecha de recepción 12 / 09 / 2017. f)

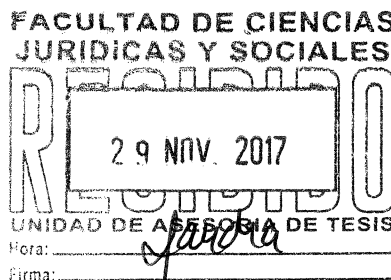

 Asesor(a)
 (Firma y Sello) **Lic. ROSARIO GIL PEREZ**
 Abogado y Notario



Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



Guatemala 29 de noviembre del año 2017



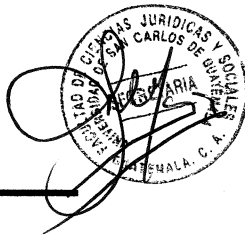
Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Licenciado Orellana Martínez:

Según nombramiento recaído en mi persona de fecha diecisiete de agosto del año dos mil diecisiete, asesoré la tesis del bachiller **JOSÉ MIGUEL PAZ BARRERA**, con carné estudiantil 200412189 quien desarrolló el trabajo de tesis que se denomina: **“LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO GUATEMALTECO”**, le doy a conocer:

- a) La tesis determina un contenido científico y técnico, que señala la actual concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público guatemalteco.
- b) El sustentante desarrolló ampliamente los capítulos de su tesis, empleando distintos métodos y técnicas de investigación y para el efecto se basó en bibliografía de actualidad y en la normativa vigente en la sociedad guatemalteca, habiendo sido utilizada la siguiente metodología: método inductivo, el cual es determinante en establecer los beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de entidades del sector público; método deductivo, con el cual se indicaron sus características; y el analítico, indicó la problemática actual.
- c) Las técnicas de investigación utilizadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y fichas bibliográficas, las cuales fueron bastante útiles para la recolección de documentos bibliográficos de actualidad que se relacionan con el tema que se investigó. Se modificó el título de la tesis quedando de la siguiente manera: **“LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO GUATEMALTECO”**.
- d) El sustentante se encargó de redactar su trabajo de tesis bajo los lineamientos estipulados y de conformidad con las anotaciones, modificaciones y sugerencias, para concluir en un informe final con aseveraciones valederas que permitieron redactar con un vocabulario acorde a la definición de una introducción, desarrollo de capítulos y conclusión discursiva.
- e) Las correcciones indicadas se realizaron durante la asesoría de la tesis y permitieron determinar los objetivos generales y específicos de la misma. También, la hipótesis que se presentó y formuló fue comprobada al dar a conocer los fundamentos jurídicos que informan la concesión de beneficios ilícitos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público del país. Se hace la aclaración que entre el alumno y la asesora no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.


Licda. Rosario Gil Perez
Asesora de Tesis
Col. 3058

Lic. ROSARIO GIL-PEREZ
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

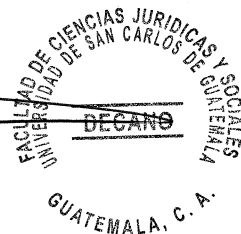
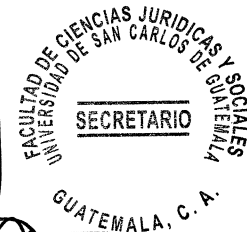


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 19 de febrero de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ MIGUEL PAZ BARRERA, titulado LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS ILÍCITOS EN LA REALIZACIÓN DE ACTOS EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.

[Handwritten signatures of the Dean and the Secretary]





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi maestro y mi guía, por darme la fuerza para no rendirme en los momentos más difíciles, por ser quien nunca me abandona y me da el coraje de seguir adelante para alcanzar mis metas.

A MI PADRE:

José Francisco Paz Mencos, por ser el más vivo ejemplo de constancia y tenacidad, por demostrarme que el estudio es uno de los ejes que me abrirán muchas puertas en la vida y por darme ese apoyo moral y económico sin el cual no hubiera sido posible culminar mis estudios universitarios.

A MI MADRE:

Natividad Barrera Chinchilla de Paz, por ser uno de los pilares más importantes en mi vida, por darme el cariño y los consejos para ser un mejor hombre, pero sobre todo le agradezco por apoyarme emocionalmente y cuidar de mi hijo con tanto amor, empeño y dedicación.

A MI ESPOSA:

Jhennifer Suleima Calvillo Gómez de Paz, por ser mi compañera de vida, mi alegría, mi mejor amiga, por ser la persona que Dios dirigió a mi vida para compartir aventuras, tristezas, alegrías y momentos inolvidables, por ser esa compañía quien junto a mí se desveló tantas noches estudiando, te amo infinitamente y agradezco por cada palabra de motivación que me diste para llegar a esta meta, juntos llegaremos a la cima.

A MI HIJO:

Matías Sebastián Paz Calvillo, por ser ese rostro tan lleno de amor, nobleza y felicidad que cada día me llena el alma y completa mi existencia, quiero ser un ejemplo para ti y cada día espero ser un orgullo en tu vida. Eres mi tesoro, te amo con todo el corazón, persigue tus sueños con fe, entusiasmo y decisión, ábrete paso por la vida y deja una huella positiva en cada persona que conozca, estudia y alcanza miles de éxitos, estoy orgulloso de ti.



A MIS HERMANOS:

Jacqueline Susana Paz Barrera y Edwin René Barrera Chinchilla, por darme ejemplos, enojos, alegrías y consejos, por compartir infancia y juventud y sobre todo por ser unos hermanos envidiables.

A MI FAMILIA:

Abuelos, sobrinos, cuñados y suegros, por darme aliento para seguir adelante y alcanzar mis sueños.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

Por el apoyo que me dieron en el proceso de mi carrera y por tantos momentos buenos compartidos.

A MIS AMISTADES:

Bryang Orellana, Mario Morales, Licenciado Julio Hernández, Licenciado Allan Morales, Licenciada Marisol Son, Licenciado José Rivas, Julio Carrillo, Licenciada Flor de María Vásquez, Wendy García, Lynn y Dennis Johnson, por ser unos amigos invaluablees quienes me brindaron apoyo, ánimos y mucha sabiduría para poder alcanzar esta meta profesional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser la hermosa casa de estudios que abrió sus puertas para que hoy pueda tener este éxito.



PRESENTACIÓN

Se realizó un trabajo de tesis denominado la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las entidades del sector público, habiéndose llevado a cabo una investigación cualitativa de naturaleza jurídica pública. Los años en estudio fueron los siguientes: 2013-2017, en la ciudad capital de la República guatemalteca.

La mayoría de la población, por su parte, ha llegado a tomar en consideración como normal esa preferencia frecuente de los hechos de corrupción, sin cuestionarse en ningún momento ni hacer lo suficiente para señalar y modificar esos patrones de conducta que ocasionan múltiples efectos nocivos para la sociedad.

El objeto de estudio dio a conocer la problemática de actualidad derivada de la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos por parte de los funcionarios del sector público guatemalteco. Los sujetos en estudio fueron el Estado guatemalteco y los trabajadores del sector público del país, siendo el aporte académico relacionado al impacto que este flagelo tiene para la sociedad y la necesidad de contar con una agenda para su eliminación.



HIPÓTESIS

La concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las entidades del sector público no ha permitido eliminar la corrupción, al ser la misma un grave obstáculo para avanzar en la consolidación del sistema democrático, del pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos, así como de niveles satisfactorios de gobernabilidad que permitan el desarrollo sostenible del Estado guatemalteco



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis que se formuló al tema de tesis la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las entidades del sector público se comprobó y dio a conocer que es necesario contar con políticas que resuelvan con eficiencia este problema, así como de que se garantice el bien común y no el de determinados sectores de la sociedad guatemalteca.

La metodología utilizada sirvió de apoyo en la recolección del material bibliográfico con el cual se desarrolló el trabajo de tesis presentado. Se emplearon los métodos histórico, inductivo y deductivo, así como la técnica documental, con la cual se obtuvo la información doctrinaria relacionada con el tema.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Conceptualización.....	2
1.2. Características.....	3
1.3. Derecho penal subjetivo y objetivo.....	4
1.4. Elementos.....	5
1.5. Contenido.....	6
1.6. Principios del derecho penal.....	7
1.7. Ciencias penales.....	15
1.8. Ciencias auxiliares del derecho penal.....	18

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito.....	19
2.1. Elementos del delito.....	20
2.2. Concepciones.....	24
2.3. Sujetos del delito.....	27
2.4. Atenuantes y agravantes del delito.....	28
2.5. Imputabilidad y causas de justificación.....	34



CAPÍTULO III

3. La corrupción.....	37
3.1. Conceptualización.....	39
3.2. Elementos de la corrupción.....	41
3.3. Clases.....	42
3.4. Tipología de la corrupción.....	43
3.5. Causas de la corrupción.....	45
3.6. Condiciones que propician la corrupción.....	46
3.7. Formas de corrupción.....	47

CAPÍTULO IV

4. La concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público.....	51
4.1. Conceptualización.....	51
4.2. Clasificación.....	54
4.3. Naturaleza jurídica.....	58
4.4. Bien jurídico tutelado.....	59
4.5. Concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público en Guatemala.....	60



Pág.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el tema para dar a conocer la actual concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones del sector público guatemalteco. Los procesos penales seguidos en contra de funcionarios públicos han convertido esta problemática en un relevante objeto de preocupación de la comunidad guatemalteca. La corrupción dentro del ámbito de las funciones públicas presenta un elevado grado de impacto, no únicamente debido a que conduce a una frustración de las expectativas que tiene la ciudadanía, quienes buscan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad dentro del ejercicio de sus cargos, sino que también porque cuentan con capacidad para socavar el fundamento del sistema político imperante.

La preocupación por la corrupción dentro del sector público señala que para el legislador la problemática de la corrupción se tiene que centrar en el ámbito de carácter público, debido a que tiene relación directa con los delitos que son cometidos por empleados públicos.

La conducta del funcionario que omite un acto debido y propio de su cargo para la obtención de una ventaja es más grave que la del empleado que busca conseguir una ventaja mediante la ejecución de un acto debido y propio de su cargo. La mayor gravedad del primer comportamiento se explica debido a que el funcionario busca lograr un beneficio, dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que sucede en el segundo, en el cual busca la obtención de una ventaja para el cumplimiento de sus deberes.

Los objetivos de la tesis establecieron que en la sociedad guatemalteca el flagelo de la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actuaciones en el ejercicio de las funciones de los trabajadores del sector público se encuentra latente. También, la hipótesis que se formuló fue comprobada indicando la necesidad que existe en el país de erradicar la corrupción.



Un funcionario infringe los deberes que tiene a su cargo al ejecutar un acto, cuando su realización contraviene las disposiciones que regulan el normal desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al cual pertenece. Estas disposiciones pueden encontrarse situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo o una circular.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: en el primero, se indica el derecho penal, conceptualización, características, derecho penal subjetivo y objetivo, elementos, contenido, principios del derecho penal, ciencias penales y ciencias auxiliares del derecho penal; en el segundo, se señala la teoría del delito, elementos del delito, concepciones, sujetos del delito, atenuantes y agravantes del delito, imputabilidad y causas de justificación; en el tercero, se establece la corrupción, conceptualización, elementos de la corrupción, clases, tipología, causas, condiciones que propician la corrupción y formas de corrupción; y en el cuarto capítulo se estudia la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal es la rama del derecho que tiene a su cargo el establecimiento de un compendio de penas y sanciones, para su imposición a quien haya cometido un delito, el cual tiene que ameritar una condena por los actos que hayan sido llevados a cabo. Abarca, una serie de normas jurídicas con poder para poder privar de libertad, y velar por el cumplimiento de las sanciones que hayan sido impuestas.

Se encarga de dictar todo tipo de sentencias ante aquellas situaciones que puedan en un determinado momento alterar de manera negativa el orden de la vida en sociedad. Las normas jurídicas de las cuales dispone el derecho penal son creadas y adaptadas de conformidad con la violación a los derechos y deberes de la sociedad. Por ello, la disciplina jurídica en estudio, supone todo un complejo proceso, en el cual se tienen que analizar las motivaciones por las que se llega a la ejecución de una acción, y el motivo por el cual tiene que ser juzgada una persona de manera categórica, impulsando con ello toda clase de ejemplos fundamentales para toda la ciudadanía.

El objetivo fundamental del derecho penal consiste en resguardar a la sociedad de las malas costumbres, habiendo sido ideado con el precepto de dejar bien claro el establecimiento del Estado, y de las instituciones de su permanencia firme al combate a la corrupción, fundando de esa manera sentimientos de libertad y de un adecuado vivir entre los ciudadanos.



El autor Jean Pierre Matus Acuña señala: “El derecho penal por ser perteneciente al campo jurídico encargado de imponer sanciones y castigos con bastante facilidad se relaciona con el resto de las áreas del derecho, debido a que en todas se presentan situaciones en las cuales por la falta de principios se pueden crear situaciones negativas para la vida común, sirviéndose del derecho penal como instrumento para la elaboración de sanciones en cuanto a las faltas dentro de las respectivas áreas”.¹

1.1. Conceptualización

Se le puede conceptualizar de manera subjetiva al indicar que es la ciencia que se fundamenta y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado; y objetivamente, al indicar que es el conjunto de normas jurídicas que regulan el derecho punitivo, asociando al crimen como hecho, y al delincuente como legítima consecuencia.

El estudio tanto del delincuente como de las medidas de seguridad se encargó de la ampliación del concepto de la rama jurídica en estudio, siendo la misma el conjunto de normas jurídicas y disposiciones legales que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado.

Ello, estableciendo para el efecto el concepto de delito como presupuesto de la acción del Estado, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida de seguridad.

¹ **Lecciones de derecho penal.** Pág. 29.



1.2. Características

El derecho penal de actualidad es un derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma, y el bien jurídico como puntos de referencia, siendo su naturaleza completamente sancionadora.

- a) **Derecho público:** el derecho penal de actualidad es de carácter público, debido a que únicamente el Estado tiene la capacidad de promulgar normas jurídicas que se encarguen de definir delitos y que impongan sanciones. En la actualidad nadie puede controvertir la índole pública de la disciplina jurídica en estudio.

- b) **Derecho normativo, valorativo y finalista:** los juristas de actualidad aceptan una clasificación referente a las ciencias que tienen su origen en el neokantismo y en derecho penal, y han llegado hasta sus últimas consecuencias. Por una parte, se encuentran las ciencias del ser; y por otra parte, las del deber ser entre las cuales se encuentra el derecho.

La filosofía de los valores ha penetrado profundamente dentro del derecho, y por ello se puede afirmar que es valorativa.

Esas corrientes afirman claramente la índole normativa de la ciencia jurídica, hasta el punto de que únicamente en ese carácter de norma se encuentra su esencia científica.



- c) **Protector del bien jurídico:** debido a que es una norma que no puede identificarse con la ley, consiste en uno de los polos del eje del derecho, siendo el otro el bien jurídico. Cuando los intereses han sido protegidos por el derecho, se tienen que elevar a bienes jurídicos. Los mismos son de importancia para indicar la finalidad de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico, o sea, el bien jurídico tiene que ser tomado en consideración en relación a la interpretación teleológica.
- d) **Es un derecho sancionador:** al tomar en consideración la antijuridicidad como característica general del delito, se puede observar que no existe un injusto penal, otro civil y otro administrativo, sino que lo ilícito es común a todo el derecho. Por otro lado, se debe observar que el delincuente no vulnera la legislación, sino que lo que quebranta es la norma jurídica. Con esos dos elementos de juicio puede establecerse el carácter sancionador y no constitutivo de la disciplina jurídica.

1.3. Derecho penal subjetivo y objetivo

El derecho penal se divide en subjetivo y objetivo. El primero, es referente a la facultad de hacer o no hacer una cosa; mientras que el segundo, consiste en la ley o norma que permite o que prohíbe.

El autor Francisco Muñoz Conde indica: "Para el derecho penal el derecho subjetivo sería el *ius puniendi* que resulta limitado por las mismas leyes que dictan los Estados. Ello, es



de esa manera en garantía de la libertad, debido a que las actividades estatales han quedado por ende concretadas a lo que la legislación señala como *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.²

No hay derechos subjetivos, sino pretensiones del sujeto activo. El Estado cuenta con la pretensión punitiva que se extingue debido a numerosas motivaciones que no son de interés, y también el individuo tiene la capacidad de contar con ella en la misma esfera pública. Existen delitos que únicamente se persiguen a instancia de parte. Pero, siempre se tiene que conservar la fórmula del *ius puniendi*, para posteriormente tratar el fundamento de la penalidad.

1.4. Elementos

Dentro de las más antiguas normas, las penas se han asociado ya a los delitos. O sea, que la disciplina jurídica en estudio cuenta con dos elementos esenciales: delito y pena. Los partidarios del positivismo con sus aspiraciones subjetivas pusieron de relieve al protagonista, siendo esencial que el delincuente asumiera un papel de importancia en la sistemática penal.

Los antipositivistas se encargaron de señalar acusaciones de positivismo relacionadas con el sistema de tripartición: delito, delincuente y pena, agregando un nuevo elemento a los dos clásicos.

² Derecho penal. Pág. 35.



Cuando un positivista toma en consideración el estado peligroso del delincuente, presenta con ello suficiente material para la construcción de un título nuevo de la parte general del derecho penal.

Ello, es lícito, debido a que hacer dogmática sobre el sujeto del delito es llevar a cabo la situación con determinada independencia del hecho que haya sido cometido y que asume la calidad de ente jurídico.

1.5. Contenido

El referido autor, también establece: "Es de interés aludir al contenido del derecho penal. El derecho consiste en una ciencia del deber ser. Pero, el mundo de normas jurídicas puede también ser tomado en consideración como un fenómeno que pasa como objeto cambiante en la cultura y también puede encargarse de la reclamación de la filosofía, que se tiene que demandar en la forma del castigo".³

Los anotados son aspectos del derecho penal que tienen susceptibilidad de ser estudiados filosófica, histórica y críticamente. La dogmática penal no se puede construir sino en base del derecho vigente, pero el derecho no es exclusivamente la ley. Los dogmáticos legalistas tienen la creencia de que la ley lo ha agotado todo y que únicamente tiene que interpretarse de forma gramatical, aproximándose a los prácticos de los siglos XVI y XVII.

³ Ibid. Pág. 56.



La dogmática se edifica en relación al derecho que existe y que cambia al ser adaptado progresivamente a las conductas de actualidad. La dogmática rechaza la idea de un derecho superior y racional que se encuentre por encima del vigente. A ello, se debe el descuido de la dogmática. Los positivistas lograron alcanzar triunfos en los pueblos iberoamericanos y les hicieron observar el fenómeno jurídico como objeto.

1.6. Principios del derecho penal

Los principios esenciales del derecho penal son pautas de carácter general sobre las cuales descansan las distintas instituciones del derecho penal positivo. De esa manera, la doctrina las propone como un fundamento para la interpretación del conjunto de normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico-penal. Estos principios tienen que ser empleados por aquellas personas que buscan la aplicación sistemática de la legislación penal.

- a) Principio de legalidad: se conoce con el axioma de *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y consiste en el mandato mediante el cual una persona no puede ser sancionada si es que su conducta desaprobada no está completamente regulada en la legislación.

Es por ello, que se tiene que señalar que nadie puede ser sancionado o penado si es que su comportamiento no está constituido como un delito o falta en el



ordenamiento jurídico al momento de su realización. El principio de legalidad ha sido adoptado por diversos convenios y declaraciones de importancia.

El principio en mención se constituye como el de mayor importancia y principal límite frente al poder punitivo estatal, debido a que éste únicamente puede aplicar la pena a conductas que de manera previa, se encuentren debidamente definidas como delito por la ley penal.

De esa manera, el mismo puede percibirse como una limitación al poder punitivo estatal, y como una garantía, debido a que las personas únicamente se podrán encontrar afectadas en sus derechos esenciales cuando sus actuaciones estén prohibidas previamente por la ley.

El principio de legalidad reconoce cuatro garantías que son:

- a.1.) **Garantía criminal:** esta garantía señala que no se puede definir como conducta delictiva a la conducta que no esté previamente señalada en la legislación, y mucho menos después castigarla con una pena o medida de seguridad.

Consecuentemente, se entiende que se califica como delito aquello que únicamente la ley lo expresa sin tomar en consideración si aquella conducta sea considerada reprochable o bien debido a que lesione el derecho. De esa manera, se tiene que



prohibir la creación de conductas de orden criminal por la vía judicial, debido a que su misión es correspondiente a la ley penal.

- a.2.) **Garantía penal:** es la que indica que no se puede imponer a la persona una pena o medida de seguridad que no esté establecida en el código.

De esa forma, un sector de la doctrina sostiene que no pueden asignarse más penas que aquellas que hayan sido implantadas por el legislador en cada asunto, encontrándose vedada la sustitución por otra la penalidad que haya sido prevista en cada figura delictiva. Es por ello, que también se le otorga el nombre de principio de legalidad penal.

- a.3.) **Garantía jurisdiccional:** es la que indica que nadie puede ser sancionado ni castigado sino únicamente mediante un juicio de carácter formal, en el cual se tienen que respetar las garantías constituidas por la ley penal. También, se conoce como principio de legalidad procesal.

- a.4.) **Garantía de ejecución penal:** es la que integra la premisa de que toda pena tiene que ser cumplida, ejecutada y aplicada. Partiendo de lo indicado, esta garantía se debe sustentar bajo el axioma de que no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley. La garantía indicada es conocida como principio de legalidad en la ejecución.

- b) Principio de prohibición de analogía: en la legislación penal se prohíbe la aplicación de la ley por analogía, o sea, no se puede aplicar a un caso que no se encuentra previsto en la ley una norma que no le corresponde.

Doctrinariamente se acostumbra hacer la diferencia entre analogía *in bonam partem* y analogía *in malam partem*. La primera, es la que se encarga de señalar que está permitido el razonamiento por analogía y que el juez es quien puede encargarse de acudir a normas parecidas para la resolución del caso que está en investigación.

De esa manera, la utilización de este mecanismo de razonamiento analógico tiene que llevarse a cabo siempre y estrictamente cuando sea en beneficio del reo o procesado.

- c) Principio de responsabilidad penal o de culpabilidad: la culpabilidad puede ser comprendida desde dos sentidos. El primero, en sentido amplio, cuando se encarga de expresar el conjunto de los presupuestos que permiten culpar a alguien debido al evento que motiva la pena, siendo dichos presupuestos los que lesionan a todos los requisitos del concepto de delito; y en sentido estricto, es referente únicamente a una parte de esos presupuestos del delito, o sea, a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

Este principio tiene su soporte en que la sanción jurídica es correspondiente a la reprochabilidad social del autor del hecho quien en fundamento a su libre albedrío



y a su conocimiento, lleva a cabo una conducta no adecuada al ordenamiento jurídico que se encuentre vigente.

De esa manera, de este principio devienen otros principios que en su conjunto integran el principio de culpabilidad de la siguiente manera:

- c.1.) Principio de personalidad: mediante este principio se tiene que señalar que es responsable quien de forma individual haya cometido un acto delictivo, o sea, se debe prohibir que una persona responda jurídicamente por un hecho e injusto ajeno.
- c.2.) Principio del acto: es el que se encamina hacia la conducta de la persona, en cuanto haya realizado aquella conducta, es decir, hacia el hecho que ha cometido y no a la personalidad que contiene la misma persona.
- c.3.) Principio de dolo o culpa: es el principio que demanda al derecho penal para que alguna persona sea declarada culpable.
- c.4.) Principio de imputación personal: es el que corresponde con la capacidad del ejercicio de la persona, es decir, si la persona que ha llevado a cabo una conducta delictiva se configura como imputable.
- d) Principio de protección de los bienes jurídicos o de lesividad: también se le denomina principio de lesividad o de la objetividad jurídica. Este principio indica



que para que una conducta determinada se llegue a configurar como delito, primero tiene que existir un daño o un bien jurídico legalmente resguardado.

Por ende, para que un interés personal y social se pueda tomar en cuenta como bien jurídico protegido, el mismo tiene que encontrarse debidamente reconocido de esa manera y tiene que estar resguardado por ésta.

El autor Gustavo Enrique Labatut Glenda señala: “El bien jurídico se define como el interés social que debido a su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general, mereciendo resguardo y protección mediante normas jurídicas que integran el derecho penal. Mediante este principio se controla la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a que defina el bien jurídico que se busca resguardar mediante la ley penal. Partiendo de ello, su importancia se encuentra en que la protección del bien jurídico consiste en la motivación que legitima la intervención penal respectiva”.⁴

Por otro lado, no se puede establecer que un acto es ilícito si no se encuentra fundamentado en la lesión de un bien jurídico.

Entonces se entiende por lesión al bien jurídico, a toda aquella acción que el agente lleve a cabo para ocasionar un determinado daño a un bien que se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico.

⁴ Derecho penal. Pág. 50.



- e) **Principio de subsidiaridad:** es el que indica que cuando se lleve a cabo en la sociedad algún hecho delictivo, primero se tiene que recurrir a otros recursos jurídicos, ya sean civiles o bien administrativos, que tiene que utilizar el Estado para la resolución de un caso determinado, y recurrir en última instancia al derecho penal, debido a que el mismo por intermedio de las penas el que se tiene que convertir en un mecanismo para el autor en relación a un hecho criminoso.

- f) **Principio de fragmentariedad:** es el que señala que el derecho penal tiene que tutelar aquellos objetos o intereses que son de importancia para la sociedad. Pero, no toda conducta activa u omisiva que ocasione lesión a determinados bienes jurídicos va a ser merecedora de investigación punitiva, sino únicamente aquellas conductas cuyo resultado delictivo sea una vulneración a los bienes jurídicos de importancia, es decir, a los bienes jurídicos que necesiten de tutela penal para su desenvolvimiento en la sociedad. De ello, que el derecho penal no resguarde a todos los bienes jurídicos, sino únicamente a una parte de los mismos.

- g) **Principio de proporcionalidad de la pena:** señala que entre el delito cometido y la pena impuesta tiene que existir una proporción. Este principio a la vez se encarga de la regulación que para la imposición de una pena tiene que cumplirse con dos requisitos esenciales.

El primero, que el delito haya sido cometido con dolo o culpa, para que de esa forma se excluyan aquellos delitos que sean cometidos por un hecho fortuito. El segundo,

que se establezca la culpabilidad del autor, y que además se reúnan los requisitos necesarios para que se pueda iniciar un proceso penal.

Por ende, para poder aplicar el principio de proporcionalidad el juez primero tiene que definir la importancia del bien jurídico protegido. Después de haber determinado la importancia del bien jurídico el juez tiene que examinar la forma en la que el bien jurídico ha sido violado debido a que se tiene que aplicar a una persona que haya cometido un delito con dolo la misma pena que se le tiene que aplicar en el caso de haberla llevado a cabo con culpa.

- h) Principio de igualdad: se encuentra consagrado constitucionalmente y señala que las personas tienen derecho a un trato justo y equitativo. Esta igualdad también se encuentra reflejada en el derecho penal cuando se establecen las garantías para el cumplimiento de un proceso justo, para que el trato de las personas al momento de sancionar un delito sea igual, sin hacer ningún tipo de diferenciación.

- i) Principio de humanidad de las penas: es el que busca la reducción de una secular violencia producida por la pena en el ser humano y que lo afecta en sus derechos de mayor importancia e imprescindibles como la vida, la libertad y su patrimonio.

También, el autor antes citado indica: “La principal misión de este principio radica en la reducción de la violencia del Estado, aplicando para el efecto las penas bajo determinados criterios que sean razonables y adecuando para ello las penas a la



humanidad del ser humano. Es de utilidad como un criterio rector y de orientación a la política del Estado, así como para el control penal en su conjunto".⁵

1.7. Ciencias penales

Son las siguientes:

- a) **Filosofía del derecho penal:** consiste en una rama de la filosofía del derecho que se ocupa del análisis de los asuntos penales desde el punto de vista filosófico, conectando para el efecto las normas penales con el orden universal, señalando la forma en la cual el fenómeno de la pena y el delito tienen carácter universal, buscando su legitimación sobre el fundamento de la naturaleza y de los fines del Estado, así como del valor moral y legal de la personalidad del ser humano.

En la actualidad se reconoce por algunos autores la filosofía del derecho y de la dogmática jurídica penal, debido a que esta última como ciencia, se encarga de manera exclusiva del estudio de las normas, excluyendo para el efecto las consideraciones filosóficas que van más allá de su ámbito de estudio.

- b) **Legislación penal comparada:** es una rama de la legislación de esta categoría en general, referente a un método que busca el mejoramiento de la misma legislación

⁵ **Ibid.** Pág. 78.



con ideas e instituciones del ordenamiento jurídico en la medida de lo posible entre los diversos países del mundo.

- c) **Antropología criminal:** es la ciencia que se encarga del estudio de los caracteres psíquicos del ser humano delincuente, y el fundamento de los mismos, al lado de las influencias del ambiente y de las circunstancias, además señala la génesis de los hechos criminales particulares y agrega la antropología general relacionada con el estudio del ser humano en su unidad de espíritu y cuerpo.

La antropología criminal se encarga del estudio del hombre delincuente y es una especie particular del ser humano que se encuentra dotado de características peculiares somáticas y funcionales que constituyen el tipo delincuente o delincuente nato.

- d) **Psicología criminal:** considera que la antropología criminal abarca la psicología y la psiquiatría criminales, debido a que estudia al delincuente en su totalidad psicofísica. Pero, la psicología criminal se ocupa del estudio del delito de las regularidades de su vida psíquica, dejando el estudio de lo anormal.
- e) **Sociología criminal:** plantea la desaparición del derecho penal como una ciencia autónoma. Para la misma, el derecho penal es una ciencia causal-explicativa que tiene el mismo objeto de estudio desde diversos puntos de vista.



- f) **Penología:** se ocupa del estudio de las penas y medidas de seguridad, así como de las instituciones carcelarias. También, existen quienes hacen referencia de la penología como un sinónimo de derecho penitenciario o derecho de ejecución penal, debido a que su objeto de estudio es el mismo, siendo todo régimen de la aplicación de las penas y medidas de seguridad, diferenciándose de que el derecho penitenciario es una ciencia jurídica y la penología es causal y explicativa o naturalista.
- g) **Derecho penal:** es una ciencia jurídica encargada de la regulación del deber ser de las personas en la sociedad, y cuando se reduce al ámbito de la dogmática jurídica penal, no es más que la reconstrucción del derecho vigente con fundamento científico, desprovisto de su aspecto tanto filosófico como crítico.
- h) **Política criminal:** es la doctrina que estudia y analiza críticamente toda aquella actividad que tiene que ser desarrollada por el Estado a los fines de prevención y represión del delito.
- i) **Criminalística:** consiste en una disciplina esencialmente práctica, cuyo objetivo es referente a la obtención de una mayor eficiencia en el descubrimiento del delincuente y en la investigación del delito. La criminalística o policía científica como también se le llama es un auxiliar necesario para el auténtico esclarecimiento de los delitos.



1.8. Ciencias auxiliares del derecho penal

Son aquellas que cooperan para la regulación y aplicación de los preceptos de orden penal y son:

- a) **Estadística criminal:** es un método para las investigaciones sociológico-criminales y es de utilidad para revelar la influencia de los factores externos, físicos y sociales, en relación al aumento o disminución de la delincuencia.

Para alcanzar estos fines no se debe tomar en consideración a la estadística criminal como una sencilla recopilación de datos y cifras, sino más bien como el fundamento para que exista un claro criterio de interpretación de los datos para la obtención de conclusiones generales de utilidad y fundamento a una política bien señalada.

- b) **Medicina legal o forense:** se refiere a la disciplina que permite la utilización de los conocimientos de las ciencias médicas en la solución de problemas del derecho penal. Para el juez penal es necesario el dictamen del perito médico-forense.
- c) **Psiquiatría forense:** como auxiliar del derecho penal al igual que la psicología forense tiene por finalidad el establecimiento del estado de la salud mental que tenga el reo.



CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

La teoría del delito consiste en un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que se van elaborando los diversos elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

Esta teoría que es creación de la doctrina, aunque se encuentra basada en determinados preceptos legales, no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular, sino de todos los elementos o condiciones esenciales y comunes a todos los delitos.

El autor Juan Miguel Díaz Conlledo señala: "Históricamente, se puede hacer mención de dos enfoques principales al momento de abordar este concepto, que son la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito, la acción consiste en un movimiento voluntario, físico o mecánico, que produce un resultado previsto legalmente, sin que sea necesario tomar en consideración la finalidad que acompañó a dicha acción".⁶

A esta corriente atienden, principalmente, los elementos referidos al desvalor del resultado, o sea, a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en cambio, la teoría

⁶ El delito y la ley penal. Pág. 60.



finalista del delito toma en cuenta que cualquier conducta del ser humano se tiene que registrar por la voluntad, cuya manifestación exterior no puede dejar de ser tomada en consideración en el momento de valorar el hecho delictivo. Este punto de vista pone mayor énfasis en el desvalor de la acción, es decir, en el reproche relacionado con el comportamiento del delincuente, sea el mismo intencionado o negligente.

2.1. Elementos del delito

Los elementos del delito consisten en los integrantes y características no independientes que son constitutivos de la conceptualización del delito. A partir de la definición de delito referente a que es una acción típica, antijurídica y culpable se ha estructurado la teoría del delito, siendo la misma referente a cada uno de los integrantes de aquella. De esa manera, se tiene que dividir la teoría general en acción, conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a pesar de que también tiene que agregarse la punibilidad.

Es de importancia anotar que existe un determinado acuerdo en relación a la definición de delito, pero no todos se encargan de atribuirle igual contenido. De esa manera, son especialmente debatidas todas aquellas relaciones entre sus distintos elementos y componentes de cada uno de ellos.

- a) **Acción:** la conducta humana consiste la base de toda la estructura del delito, motivo por el cual se toma en consideración a la acción como núcleo central y el sustrato material del delito. Pero, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión,



en la cual existe una conducta en la cual conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

Una de las principales funciones del concepto de acción consiste en servir de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que pueden ser relevantes para el derecho penal. La conceptualización de acción ha experimentado una evolución en la que se han entremezclado puntos de vista filosóficos, político-criminales y dogmáticos.

El referido autor también señala: “La acción consiste en la conducta voluntaria del ser humano que es referente a un movimiento de su organismo destinado a la producción de determinados cambios, o a la posibilidad, en el exterior del mundo vulnerado por una norma prohibitiva”.⁷

Una acción humana consiste en el ejercicio de una actividad final. La finalidad o bien el carácter final se fundamenta en que la persona humana, puede prever, dentro de determinados límites, las consecuencias posibles de su actividad.

Además, se puede proponer fines distintos y encaminar su actividad, de acuerdo a un plan previamente trazado, a la consecución de dichas finalidades.

⁷ **Ibid.** Pág. 91.

La actividad final consiste en un obrar que se encuentra orientado hacia una finalidad perseguida. Por su parte, el acontecer causal no se encuentra encaminado al fin que haya sido previsto, dentro de determinadas limitaciones, en relación a las consecuencias posibles de su actividad. Además, se pueden proponer fines diversos y encaminar su actividad de acuerdo a un plan que esté previamente trazado, así como también a la consecución de dichas finalidades.

- b) **La tipicidad:** se llama de esa forma al encuadramiento o adecuación de la conducta del ser humano en un determinado tipo penal. La tipicidad nace del principio de legalidad, de acuerdo con el cual todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, tienen que encontrarse regulados por la legislación.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida, que fundamentan positivamente su antijuridicidad. El tipo consiste en una figura que crea el legislador, haciendo la valoración de una determinada conducta delictiva, pudiendo señalarse que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Consiste en un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

- c) **Antijuridicidad:** consiste en el desvalor que posee un hecho típico a las normas del derecho en general y no únicamente al ordenamiento penal. Consiste en lo contrario al derecho y por ende, no es suficiente que la conducta encuadre en el



tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La antijuridicidad justamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuridicidad es otro de los elementos estructurales del delito. Se le puede tomar en considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica y tomada en consideración como delito.

El autor Sergio Alejandro Politof Lifschitz indica: "Se considera un concepto jurídico que supone claramente la comparación entre el acto llevado a cabo y lo establecido por el ordenamiento que denota la forma en la cual es una conducta adversa al derecho, o que no es derecho, a pesar de que en realidad la conducta antijurídica no se encuentra fuera del derecho, motivo por el cual se le tiene que asignar una serie de consecuencias jurídicas".⁸

- d) La culpabilidad: bajo la categoría de culpabilidad como tercer elemento del delito se agrupan aquellas cuestiones en relación con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor tiene relación dialéctica con el detentador del *ius puniendi*.

⁸ Los actos preparatorios del delito. Pág. 99.



Es bastante común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, o sea, de acuerdo a derecho.

- e) Imputabilidad: establece la capacidad de conocer lo injusto o inconveniencia para la sociedad, o sencillamente, que esta no es apropiada, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera.

Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que integra el juicio penal, y por lo tanto, si le halla culpable, será acreedor de una pena. Si no lo puede comprender, será inimputable, no puede serle reprochada su conducta y el juez, llegado el caso, podrá someterlo a una medida de seguridad y no a una pena.

- f) Punibilidad: significa cualidad de punible, es decir aquella conducta a la cual se tiene la posibilidad de aplicar una sanción o pena jurídica. La misma, quiere decir la posibilidad de aplicar una pena, tomando en consideración a esto que no a cualquier delito se le puede aplicar una pena.

2.2. Concepciones

El autor referido señala: "El delito ha sido siempre una valoración de la conducta del ser humano condicionada por el criterio ético dominante en la sociedad. Los conceptos de

delito han sido formulados en definiciones que se tienen que desarrollar durante los siglos XVIII, XIX y XX, pudiendo agruparse en diversas concepciones”.⁹

La concepción formal también se llama concepción nominal y mediante la misma el delito consiste en una conducta del ser humano adversa a lo que la legislación ordena o limita bajo la amenaza de una pena. Es la legislación la que indica y nombra los distintos hechos que van a ser tomados en cuenta como delictuales a un hecho. Pero, si en algún momento esta ley es abrogada y el delito desaparece. Ello, si en algún momento se encuentra abrogada la legislación.

A la concepción substancial se le denomina material y es la que establece los elementos del delito como presupuestos para que un acto voluntario humano sea tomado en consideración como delito. De esa manera, para estas concepciones, el delito consiste en un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal.

Por su parte, la concepción jurídica del delito indica que cualquier ley penal en su estructura jurídica tiene un presupuesto y una consecuencia legal denominada pena o medida de seguridad. De conformidad con ello, el delito en su concepción jurídica consiste en todo acto voluntario que se tiene que adecuar al presupuesto jurídico de una ley penal. El delito es un ente jurídico y no un fenómeno social.

⁹ Ibid. Pág. 109.



La concepción filosófica del delito es la que busca la conceptualización del delito para todos los tiempos y lugares. O sea, lo que se busca es integrar una conceptualización universal del delito. La pretensión de validez es tomada en cuenta debido a que lo que con anterioridad fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito.

Para la concepción dogmática del delito, el mismo consiste en la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable. La concepción dogmática del delito hace una enumeración de los elementos constitutivos de delito y tiene su origen en la teoría de las normas.

El delito consiste en un acto u omisión voluntaria, quedando descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se llevan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico.

Además, es un acto típico, debido a que todo acto humano para tomarse en consideración como delito tiene que adecuarse al tipo penal. Cuando no hay adecuación no hay delito.

La concepción sociológica del delito consiste en que el delito es una lesión de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida que son tomados en consideración por la comunidad y en la medida que son indispensables para la adaptación del individuo a la sociedad.

2.3. Sujetos del delito

El autor citado señala: “Los sujetos del delito son las personas en las que recae de manera directa la consecuencia de la acción delictiva. Se toman en consideración como indeterminados, cuando la legislación no requiere de una característica específica para que exista el delito, cuando se requiere de un señalamiento específico para poder cometer o ser sancionado por la conducta”.¹⁰

Son los siguientes:

- a) **Sujeto activo del delito:** consiste en la persona individual con capacidad penal que lleva a cabo la conducta típica. Las penas en los casos de asociación criminal recaen únicamente en sus integrantes.

Además, solamente en la persona individual se presenta en la unidad de voluntad y en el principio de individualidad de la pena.

- b) **Sujeto pasivo del delito:** es referente al titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Se le denomina también víctima u ofendido y es quien recibe el delito o la lesión jurídica. Los sujetos pasivos del delito pueden ser: la persona individual, la persona moral que puede ser lesionada en su fama, propiedad o crédito, la sociedad y el Estado.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 119.

2.4. Atenuantes y agravantes del delito

Las circunstancias atenuantes están reguladas en el Artículo 26 del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

1º. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación

2º. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo

3º. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.

Arrepentimiento eficaz

4º. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación del perjuicio

5º. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad

6º. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.



Presentación a la autoridad

- 7º. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea

- 8º. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia

- 9º. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever

10. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensas

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

Se entiende por vindicación próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta

13. Las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.



Atenuantes por analogía

14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

Las circunstancias agravantes están reguladas en el Artículo 27 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Motivos fútiles o abyectos

- 1º. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía

- 2º. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación

- 3º. Obrar con premeditación conocida.

Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos

- 4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación,



avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad

5°. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad

6°. Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento

7°. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga

8°. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito

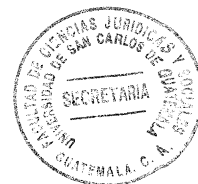
9°. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.



Abuso de autoridad

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de defunciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad

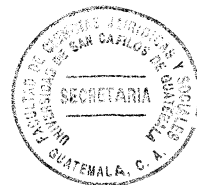
16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez

17. Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido

18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.



Vinculación con otro delito

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

2.5. Imputabilidad y causas de justificación

La regulación de las causas de imputabilidad se encuentra en el Artículo 23 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “No es imputable:

1. El menor de edad.
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente”.

El Artículo 24 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son causas de justificación:

Legítima defensa: quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o



haya entrada en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la enmienda de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación”.

Estado de necesidad: quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: quien ejecute un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.



CAPÍTULO III

3. La corrupción

Durante los últimos años el tema de la corrupción ha recibido una atención bastante considerable. El trabajo llevado a cabo en materia de gobernabilidad ha permitido que el tema emerja. La corrupción consiste en un asunto tratado por parte de las instituciones financieras, agencias gubernamentales, agencias de financiación, organizaciones internacionales y no gubernamentales.

El autor Joel Ricardo Raymundo Soto señala: “Se ha comprobado empíricamente la existencia de motivaciones de la corrupción y sus impactos en el nivel de desarrollo del ser humano. Los diversos países han negociado y firmado tratados internacionales contra la misma. Pero, la corrupción continúa siendo un reto a pesar de los incontables diagnósticos de políticas, campañas públicas para la creación de conciencia y de las reformas a nivel institucional y también legal para el mejoramiento de la administración pública, las investigaciones muestran que la corrupción continúa avanzando”.¹¹

La corrupción plantea serios problemas y amenazas para la seguridad y estabilidad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, ética y justicia, así como para comprometer el desarrollo sostenible y el imperio legal. La misma, ha dejado

¹¹ **La corrupción generalizada.** Pág. 22.



de ser un problema local, para llegar a convertirse en un fenómeno de carácter transnacional que lesiona a todas las sociedades y economías del mundo.

Se necesita de un enfoque que sea bien amplio y multidisciplinario para la prevención y combate eficiente. Su erradicación y prevención consisten en responsabilidad de todos los Estados y los mismos tienen que cooperar entre sí, con la participación y apoyo de grupos y personas de la sociedad civil, así como de las organizaciones gubernamentales y de las organizaciones de fundamento comunitario, para que sus esfuerzos en dicho ámbito sean de utilidad.

La misma, consiste en un problema político, social, jurídico y económico, tanto debido a sus causas como por sus consecuencias. Las estrategias para su combate tienen que ser tomadas en consideración como responsabilidad estatal desde una mirada global de la problemática relacionada, sin considerarse que la pobreza sea causa, sino que por el contrario es una de las consecuencias.

Los compromisos que los Estados han asumido para el combate de la corrupción se encuentran en paralelo a aquellos que han contraído para la promoción y el respeto de los derechos humanos. Bien pocas veces las convenciones internacionales anticorrupción se encargan de mencionar los derechos humanos.

La autora María Inmaculada Valeije Álvarez indica: "La ausencia, en el derecho internacional de referencias directas a los vínculos entre la corrupción y los derechos

humanos es el claro reflejo de los tópicos que se discuten en el plano político, pero ello no tiene concordancia alguna con la experiencia. En la práctica, los vínculos son notorios. Ello, no quiere decir que todos los actos de corrupción supongan una violación a los derechos”.¹²

3.1. Conceptualización

Es un fenómeno social, político, jurídico y económico que existe por el uso indebido del poder que ha sido otorgado y trae consigo conductas por parte de los funcionarios en el sector público o sus allegados, mediante los cuales se enriquecen indebidamente e ilegalmente a través del mal uso del poder que se les ha confiado.

La misma, puede ser de pequeña escala y de gran escala. La corrupción de pequeña escala o de supervivencia es la que llevan a cabo los funcionarios públicos mal recompensados y que dependen de su salario. Esta clase de corrupción puede ser un sencillo reflejo de una mucho más dañina a niveles superiores.

Por su parte, existe la corrupción de gran escala, la cual involucra funcionarios públicos de elevado nivel, implicando con ello grandes sobornos internacionales y cuentas ocultas en bancos ubicados en otros países. También, cabe indicar que la corrupción es el mal uso de los poderes públicos, cargo o autoridad para el beneficio de otros mediante el

¹² El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. Pág. 33.

soborno, la extorsión, el tráfico de influencias, el nepotismo, el fraude, la extracción de dinero para la agilización de trámites o bien la malversación de fondos.

La autora María Magdalena Ossandón Widow indica: “Con frecuencia la corrupción es tomada en consideración como un problema de los empleados del sector público, también se puede presentar en otros ámbitos. Abarca los actos llevados a cabo por funcionarios que emplean su posición con finalidades propias, o bien lo llevan a cabo a pedido de otros, con el objetivo de obtener determinados beneficios para sí mismos o para terceros”.¹³

Entre las actividades corruptas están el pedido, la oferta o el recibo de sobornos, consideraciones o comisiones de carácter clandestino, la extorsión, la utilización de información o bienes, y el tráfico de influencias.

Se conceptualiza al indicar que es el abuso de un puesto público para la ganancia particular. La corrupción como captura del Estado es referente a las acciones de individuos, grupos o firmas en el sector público, para influir sobre la formación de las normas jurídicas, reglamentaciones y otras políticas del gobierno para beneficio propio.

Por su parte, la corrupción administrativa es referente a la imposición intencional en la implementación de las leyes y reglamentaciones que existen con la finalidad de dar una ventaja a protagonistas estables o no estables.

¹³ Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias. Pág. 45.

Corrupción es el abuso de un puesto público y abarca los abusos unilaterales por funcionarios públicos del gobierno como también debido a la malversación de fondos y nepotismo, así como por el abuso que vincula al sector público. La misma, ocurre tanto en los puestos políticos como burocráticos. Puede ser a pequeña o gran escala, organizada o no organizada.

3.2. Elementos de la corrupción

Existen determinados condicionamientos para la configuración de la corrupción, o sea los elementos necesarios y obligatorios para que se pueda afirmar que una conducta pueda ser tomada en cuenta como corrupción.

- a) Representante del Estado: funcionario o empleado del Estado o bien de sus entidades, tomados en cuenta los que hayan sido seleccionados, designados o electos para el desempeño de actividades o funciones a nombre del mismo.
- b) Función pública: es toda actividad de orden temporal o permanente, remunerada u honoraria, llevada a cabo por una determinada persona natural en nombre y a servicio de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- c) Bien público: son los activos de cualquier clase, pudiendo ser muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o aquellos instrumentos legales, que busquen probar o que interfieran a la propiedad u otros derechos sobre los activos.

- d) **Intencionalidad:** los actos por acción o por omisión son a plenitud de conciencia, no por causalidad, ni por olvido o por error involuntario.

- e) **Beneficio privado:** lo referido al donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido.

Todos estos elementos tienen que encontrarse configurados en el mismo acto para que pueda tipificarse el delito de corrupción, de faltar alguno no se daría éste. De esa manera, para la legislación los delitos de corrupción son actos por los cuales un funcionario o servidor público, en ejercicio de sus funciones, dispone del poder encargado de la obtención de beneficios particulares para sí o para terceros.

3.3. Clases

La corrupción puede ser de las siguientes clases:

- a) **Social:** la corrupción como un acto contra la ética constituye un vicio, un abuso y una mala costumbre para el manejo de un bien común. Estos actos señalan los espacios de participación social y de vigilancia ciudadana frente al Estado, no permitiendo el desarrollo sostenible de la sociedad. Se encargan además de la consolidación de las desigualdades sociales, reproduciendo para el efecto el poder social de las clases dominantes.

- b) **Política:** es tomada en consideración como una amenaza para la estabilidad y la seguridad, debido a que socava las distintas instituciones y los valores de la democracia, la ética, y la justicia. Se pone en la vista de los procesos de elecciones y en el financiamiento de los partidos políticos, quienes al aceptar contribuciones de determinados grupos de poder con interés, se encuentran delimitando su actuar para así beneficiar luego a grupos que respondan a esos intereses.

- c) **Jurídica:** se le toma en consideración como un acto ilegal, debido a que transgrede las normas que se encuentran establecidas. No únicamente lesiona a la sociedad, debido a que la corrupción puede obtener la dación de nueva normatividad favorable a ella, o sea, para que se den las normas jurídicas.

- d) **Económica:** se toma en consideración como una fuente adicional de los ingresos o beneficios para las personas que tienen participación de ella. Además, reduce la calidad y efectividad de las políticas económicas y distorsiona la asignación y composición del gasto público y la aplicación de las diversas regulaciones de las actividades económicas, produciéndose una asignación ineficiente de los recursos.

3.4. Tipología de la corrupción

La legislación guatemalteca y la internacional definen una gran variedad de conductas como corrupción de conformidad con las modalidades y manifestaciones existentes, entre las cuales están:



- a) **Cohecho propio:** consiste en el otorgamiento de un beneficio para que un funcionario o empleado del sector público viole o incumpla con la obligación que le haya sido asignada.

- b) **Cohecho impropio:** se refiere al otorgamiento de un beneficio para que un funcionario o empleado público efectivamente cumpla con la obligación que debe llevar a cabo.

- c) **Fraude:** es la conducta que se espera mediante el enriquecimiento, beneficio político o de posición social mediante el engaño y en perjuicio de otros.

- d) **Tráfico de influencias:** se refiere al abuso de las atribuciones por parte de un funcionario o servidor público, quien comete u ordena algo en perjuicio de otra persona.

- e) **Nepotismo:** se trata de las preferencias que se tienen que otorgar a parientes para que los mismos logren la obtención de beneficios o empleos de carácter público.

- f) **Malversación de fondos:** el autor Rafael Ballén indica: “Consiste en darle al dinero o bienes que administra una persona, una aplicación distinta a aquella a los que estaban destinados, lesionando con ello el servicio o la función que haya sido encomendada”.¹⁴

¹⁴ **Corrupción de funcionarios públicos.** Pág. 79.



- g) **Peculado:** es la apropiación o empleo en cualquier forma, para sí mismo o para otro, de un bien que le ha sido encargado a un funcionario o empleado público.

3.5. Causas de la corrupción

La corrupción como fenómeno social, político, jurídico y económico tiene una diversidad de motivaciones, las cuales no tienen que ser estudiadas de forma aislada, sino como parte de un conjunto de situaciones por las cuales se tienen que generar condiciones propias.

Desde el ámbito social y cultural sus causas son: el hábito de beneficiar a determinados sectores, la falta de información y desinterés en los asuntos sociales y políticos del país, la escasa formación para la participación y vigilancia ciudadana, las crisis de valores y la tolerancia de actos de corrupción.

Tomando en consideración el ámbito político, la corrupción puede ser: en relación a la escasa información o el difícil acceso a la gestión pública, el beneficio de diversas elites políticas desde el poder, el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas en los procesos electorales por intereses alternos, el exceso de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de los funcionarios o servidores públicos y la escasa o nula rendición de cuentas sobre los actos de los gobernantes, así como en la ejecución de los presupuestos.



El autor Enrique Bacigalupo señala: “Desde el ámbito jurídico la corrupción tiene relación con las leyes sin obligatoriedad o mecanismos para su cumplimiento, la existencia de leyes poco claras que permiten interpretaciones y discrecionalidades no controladas de un funcionario, un ordenamiento jurídico e institucional inadecuado a la realidad nacional, el grado de dependencia, parcialidad y falta de autonomía del poder judicial, falta de reglamentación para la participación, vigilancia ciudadana y la rendición de cuentas, falta de una clara delimitación de lo público y la falta de sanciones”.¹⁵

En el ámbito económico la corrupción tiene relación con la falta de oportunidades en el mercado laboral, en los grupos de poder económico con capacidad de influencia en la toma de decisiones que los beneficie y en la excesiva o incorrecta regulación de las actividades económicas por parte del Estado.

3.6. Condiciones que propician la corrupción

El encuentro o unión de varias motivaciones genera condiciones propicias para que se presente un acto de corrupción, lo cual, a mayor número de causas, podría configurar la corrupción generalizada.

Entre las condiciones propicias que generan corrupción se encuentran:

- a) Burocracia efectiva.

¹⁵ Sobre la reforma de los delitos de funcionarios. Pág. 39.



- b) Población conformista, poco o nada solidaria.
- c) Inestabilidad política, dictaduras, golpe de Estado y autoritarismo.
- d) El escaso control de la economía del mercado.
- e) Privatización de empresas públicas sin la debida fiscalización.
- f) Impunidad.

3.7. Formas de corrupción

El autor Jaime Andrés Vera Vega indica: “Los actos de corrupción han sido clasificados de diversas formas, tomando en consideración el grado de nocividad, la cantidad de dinero en la transacción y de los agentes que la ejecutan”.¹⁶

No se lleva a cabo un juicio de valor, en el cual un acto de corrupción sea menos grave que otro. La corrupción es dañina para la sociedad en cualquiera de las formas que se manifieste, pero es necesaria su clasificación de conformidad con las similitudes en la manera de llevarse a cabo, en los agentes que abarca, en el tipo de actuación y en las consecuencias que trae consigo, para de esa manera establecer la manera como luchar contra ella.

¹⁶ El delito de tráfico de influencias. Pág. 66.



- a) **Corrupción administrativa:** es aquella que se configura dentro de un espacio reducido en el entorno del corrupto y corruptor, para una acción inmediata con consecuencia inmediata, y sin mayor afectación que a las personas intervinientes y al acto mismo. Este acto no es trascendente en el tiempo y en el espacio en el que se tiene que llevar a cabo, y se encuentra ligado a actos que van contra la ética.
- b) **Corrupción a gran escala:** no es así únicamente por la suma de dinero o el elevado valor de los privilegios que están en juego, sino también debido a que se desarrolla en los más elevados niveles de jerarquía de las estructuras del Estado y lleva consigo consecuencias secundarias, o sea, trasciende a las personas que tienen intervención al espacio y tiempo en que se llevan a cabo.
- c) **Corrupción sistémica:** consiste en la situación generada en un Estado que permite, tolera y justifica la corrupción, debido a que la impunidad y el aprovechamiento de la debilidad de los controles del Estado se tiene que generalizar e institucionalizar en las estructuras del poder.

La corrupción es empleada como un instrumento de gobierno. El Estado puede ser copado desde los grandes grupos de poder político o económico. En la corrupción sistémica, el poder se llega a ejercer de manera discrecional, sin rendición de cuentas, sin controles institucionales y para gobernar, o sea, consiste en un poder no fiscalizado. Esta corrupción es característica de un régimen de gobierno autoritario o de dictaduras.



La misma, ocasiona un grave daño a la institucionalidad, erosionando el Estado de derecho y el crecimiento tanto económico como la competitividad. La corrupción es la forma de operar del sistema y con frecuencia es utilizada por funcionarios y empleados servidores del sector público.







CAPÍTULO IV

4. La concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público

Dentro del complejo fenómeno referente de la corrupción dentro del sector público, el delito de cohecho se presenta como una de sus manifestaciones de mayor importancia. Efectivamente, cuando se hace mención de la corrupción, se tiene la idea del cohecho como uno de los delitos mayormente paradigmáticos, al lado del delito de tráfico de influencias.

4.1. Conceptualización

La autora María Inés Olaizola Nogales indica: “Para la elaboración de cualquier concepto o definición es de utilidad el estudio del origen etimológico de las palabras a las cuales se esté haciendo referencia. Pero, en el caso exclusivo del cohecho la utilización de esta herramienta plantea de inmediato una gran dificultad, debido a que la mayor parte de los autores no se encuentran de acuerdo en lo que respecta a la determinación de la raíz etimológica del término cohecho”.¹⁷

Efectivamente, mientras por una parte, existen quienes tienen la creencia que deriva de la voz latina *conficere*, que es igual a sobornar a un funcionario público; también existen

¹⁷ El delito de cohecho. Pág. 19.

quienes piensan que es procedente del vocablo latino *coactare*, o sea, forzar, obligar o compeler, lo cual obedece al hecho llevado a cabo para revestir la idea de fuerza. Esa falta de consenso doctrinaria obliga a hacer a un lado el recurso etimológico, al momento de buscar la elaboración de un concepto acertado de cohecho.

En cualquiera de las situaciones, sin tomar en consideración las consideraciones etimológicas, existe la posibilidad de poder constatar en la doctrina diversos conceptos de cohecho que se han ido proponiendo.

El autor Ramón Antonio Gimeno Lahoz indica: “El cohecho consiste en un trato o pacto que se lleva a cabo entre un funcionario y un particular que tiene por finalidad el ejercicio de una función pública, de manera que la función pública en aras de ese pacto o convenio se tiene que colocar al servicio de los intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses de carácter público”.¹⁸

La esencia del delito en mención, es desde luego individualizable en el libre convenio al cual busca llegar el funcionario y particular, el cual es un convenio que tiene por finalidad la venta a cambio de un precio de las facultades legales o de facto que el cargo le confiere al funcionario y se tiene que concretar por ese motivo en un tráfico ilícito de la función de carácter público. Cuando un funcionario público ejecuta un acto debido propio de su cargo, con motivo del cual no le están señalados derechos, cumpliendo a cabalidad todas las disposiciones necesarias, y después de llevarlo a cabo solicita un beneficio económico

¹⁸ **Comentarios sobre el delito de cohecho.** Pág. 55.



a un particular por haberlo llevado a cabo, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho.

Cuando un funcionario público ejecuta un acto debido propio de su cargo, con motivo del cual se encuentran señalados determinados derechos, cumpliendo con todas las disposiciones que sean pertinentes, y después de llevarlo a cabo solicita un beneficio económico a un particular por haberlo llevado a cabo, estarán satisfechas las exigencias típicas del cohecho, a pesar de que no se puede establecer que en un caso de esta naturaleza la función pública se haya colocado al servicio de los intereses particulares ni de que se haya concretado un tráfico ilícito de la función pública, toda vez que la misma ya se habrá ejercido anteriormente de acuerdo a los intereses de orden público.

También, cabe indicar que la jurisprudencia se ha encargado de prestar una definición de cohecho y el mismo es la corrupción de un funcionario llevada a cabo mediante un precio y con la finalidad de ejecutar un hecho completamente adverso al cumplimiento de los deberes oficiales propios del ejercicio del cargo. La definición anotada únicamente alude a la ejecución de un acto por parte del empleado público, sin hacer referencia a la omisión de un acto debido propio de su cargo.

El delito de cohecho es la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular que tiene por finalidad dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio de su cargo.

4.2. Clasificación

De acuerdo al punto de vista desde el cual se le tome en cuenta, el delito de cohecho admite diversas clasificaciones, entre las cuales cabe hacer mención de las que a continuación se indican:

- a) **Cohecho activo y cohecho pasivo:** es la clasificación mayormente empleada por los diversos autores. De manera tradicional, se tiene que reservar la expresión cohecho activo para aludir claramente a la conducta del particular que corrompe al funcionario público; y la expresión cohecho pasivo, para hacer mención del funcionario que se deja corromper.

El cohecho activo se encuentra regulado en el Artículo 442 del Código Penal Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Quienes, con dávidas, presentes, ofrecimientos o promesas intentaren cohechar o cohechasen a los funcionarios o empleados públicos, serán sancionados con las mismas penas que correspondieren a los sobornados".

El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 439: "El funcionario o empleado público que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dávida o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por realizar un acto relativo al ejercicio de su cargo o empleo, o por abstenerse de un acto que debiera



practicar, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a tres mil quetzales.

Cuando el funcionario o empleado público obligare o indujere a la dávida, presente, ofrecimiento o promesa, la pena se aumentará en una tercera parte”.

La adopción de esta nomenclatura tuvo una explicación de carácter histórico. Efectivamente, únicamente se sancionaba a título de cohecho al funcionario que recibía o aceptaba dádivas y al particular que las ofrecía. O sea, se sancionaba una conducta pasiva del funcionario y una activa del particular. De esa manera, no se presentaba ningún obstáculo para la denominación de cohecho pasivo que cometía el trabajador; y cohecho activo al que llevaba a cabo el particular.

Pero, posteriormente se tipificó como cohecho del funcionario una conducta activa, referente a solicitar dádivas o presentes, y como cohecho del particular una conducta pasiva, referente a la aceptación de dar dádivas o presentes solicitados por un funcionario.

A partir de ello, se perdió por completo el sentido de la nomenclatura empleada, toda vez que no es correcto utilizar la expresión de cohecho pasivo para hacer mención a un comportamiento activo de un funcionario.

- b) Cohecho antecedente y cohecho subsiguiente: en la clasificación indicada la expresión cohecho antecedente alude a la situación en la cual el beneficio

económico es solicitado, ofrecido, aceptado o consiente en otorgarse para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público.

Pero, el término cohecho subsiguiente hace referencia a los casos en los cuales el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar como recompensa por un acto llevado a cabo con anterioridad por el funcionario público. Debido a la falta de una mayor difusión de este criterio de clasificación, es bastante probable la influencia del hecho de que no en todos los países la regulación del delito de cohecho admite la distinción indicada.

El castigo del cohecho subsiguiente no está completamente justificado desde el punto de vista de la afectación del bien legal, y su punición se debe exclusivamente a una razón político criminal, como lo es la sospecha de un pacto anterior de pago por el servicio prestado, cuya existencia es difícil llegar a probar.

- c) Cohecho propio y cohecho impropio: dentro del cohecho del funcionario público en la terminología tradicional cohecho pasivo, los autores tanto en la doctrina nacional como en la extranjera acostumbran llevar a cabo una distinción entre el cohecho propio y el impropio.

Pero, el criterio que se utiliza para llevar a cabo esta clasificación no es uniforme y se encuentra bajo la dependencia de la manera en la cual el cohecho aparece regulado en las diversas legislaciones.



El cohecho es propio cuando se busca la ejecución o la omisión de un acto propio del cargo del empleado público, mientras que es impropio cuando lo que se busca es conseguir que sea la comisión de un delito cometido por un funcionario.

La indicada falta de uniformidad de los criterios doctrinales para llevar a cabo la distinción entre el cohecho propio y el impropio hace pensar que se trata de una clasificación que tiene que dejarse por un lado. Ello, tiene que ser de esa manera, no únicamente por la poca utilidad que tiene el llevar a cabo distinciones doctrinales cuyo contenido cambia radicalmente de acuerdo a la forma que asume la regulación de este delito en las diversas legislaciones, sino también porque la misma terminología utilizada no parece ser la mayormente adecuada.

Efectivamente, la distinción entre cohecho propio e impropio sugiere que aquél es un auténtico cohecho. Algo impropio es algo que se aleja de la esencia de lo que se toma en consideración como su modelo. El cohecho se refiere a una conducta de un funcionario público o de un particular con destino a recibir o entregar una retribución no debida en el ejercicio del cargo de aquél.

Esa es su esencia, la cual no resulta alterada por la naturaleza del acto que a cambio de la indebida retribución se lleva a cabo. Consecuentemente, se le denomina cohecho impropio a lo que sin lugar a dudas, consiste en un delito de cohecho.

Por ello, y tomando en consideración la diferente penalidad de las figuras de cohecho del empleado público, es que en lugar de dicha nomenclatura es preferible la utilización de otra que haga la distinción entre una figura básica y las figuras agravadas.

4.3. Naturaleza jurídica

“Ha existido discusión doctrinaria en relación a si el delito de cohecho tiene naturaleza jurídica unilateral o bilateral, es decir, respectivamente, si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular consisten en dos delitos autónomos e independientes o bien si constituyen las dos formas y un único delito”.¹⁹

La posición que afirma que el cohecho cuenta con naturaleza bilateral ha indicado argumentos principales, por una parte, el hecho de que para su perpetración se necesita la concurrencia de dos personas, o sea el empleado público y el particular; y por otra parte, la circunstancia de que este delito consiste en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquél efectivamente acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo.

Por su lado, la posición que señala que el cohecho tiene naturaleza jurídica unilateral ha argumentado a partir de la constatación de que este delito se llega a consumir con la

¹⁹ **Ibid.** Pág. 102.



solicitud del funcionario o del sencillo ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el funcionario sean tomados en consideración por sus destinatarios.

4.4. Bien jurídico tutelado

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, no es un punto muy tratado doctrinariamente y ha sido el motivo del origen de una fuerte discusión en la doctrina extranjera, debido a que no únicamente se ha discutido cuál es el bien jurídico, sino también si existe un único bien jurídico resguardado tanto por el cohecho del funcionario como también del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar los bienes jurídicos distintos.

El delito de cohecho cometido por funcionario público con el objeto de tutelar se encuentra integrado por el deber jurídico fundamental propio a la condición de todo funcionario, lo cual es referente al fiel desempeño de la función del cargo. De forma correlativa con el alcance del deber funcional, se trata de tutelar penalmente además la confianza, la cual es consustancial a la titularidad de la función, que en el titular de la misma se tiene que depositar por el Estado y por la misma sociedad en general.

El comportamiento típico del cohecho realizado por el particular lesiona la esencia de la dignidad del Estado y el prestigio social que en todo momento han de ostentar los entes públicos dentro del marco de la ordenación jurídica de la vida en sociedad.



“Esta posición puede ser criticada por varios motivos. En primer lugar, debido a que eleva a la categoría de bien jurídico tutelado el cohecho del empleado público el deber funcional, lo cual releva una visión autoritaria que no toma en consideración la existencia de la administración pública y se explica únicamente por el beneficio de que su actividad tiene significado para los ciudadanos”.²⁰

4.5. Concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público en Guatemala

Los deberes que emanan de los cargos públicos no se explican por sí mismos, sino en relación a su cumplimiento, el cual conduce a la prestación de un servicio comunitario.

También, porque se considera como bien jurídico en el cohecho del funcionario la confianza que éste depositará en el Estado y en la sociedad en general.

Además, es posible constatar que los ciudadanos de manera efectiva confían en que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, pero esa confianza no únicamente se encuentra afectada en el cohecho, sino también en otros delitos que los empleados pueden llegar a cometer. La existencia del Estado y de los entes públicos tiene su motivo de ser en la protección del bien común, sin que se puedan justificar por sí solos. También, la dignidad parece ser algo propio a toda persona humana y no algo auténtico del Estado.

²⁰ Bacigalupo. Op. Cit. Pág. 179.



Por otro lado, cuando un ente público no goce de prestigio en la sociedad, los particulares igualmente tienen la posibilidad de cometer un delito de cohecho cuando ofrecen a sus funcionarios beneficios económicos indebidos, lo cual resultaría incompatible con lo relativo a que el bien jurídico tutelado en este delito consiste en el prestigio social de los entes públicos.

El bien jurídico protegido es único, tanto en el cohecho del funcionario como en el particular. Pero, la determinación del cuál es el bien jurídico ha sido objeto de varias posiciones.

- a) **Confianza de los ciudadanos en el adecuado funcionamiento de la administración:** el bien jurídico en el delito de cohecho consiste en la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho.

La confianza pública en que los empleados se comporten con probidad no únicamente se encuentra afectada en el cohecho, sino también en otros delitos de funcionarios públicos. también, si éste fuera el bien jurídico protegido en el cohecho, no podría tomarse en consideración cometido un delito, por la inexistencia de la afectación del bien jurídico, cuando la conducta sea llevada a cabo por un funcionario que no cuente con la confianza pública, por ser estimada una persona corrupta.



- b) La imparcialidad en el ejercicio de la función pública: lo que propiamente se configura como objeto de tutela consiste en el respeto del principio de imparcialidad, que vincula por un lado a los poderes públicos, en relación al principio del ejercicio de la actividad administrativa y judicial y que se circunscribe a la desviación del fin, a la actividad legislativa o a la política.

Este principio se tiene que proyectar también a los ciudadanos en relación a que son los destinatarios de esa actividad pública, debido a que la relación con estos últimos se encuentra limitada por el respeto constitucional y por los principios en ella consagrados.

Pero, se le puede criticar que si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar lesionada en un delito de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser señalada en otros delitos de funcionarios, como el tráfico de influencias.

No parece que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho.

Efectivamente, no se puede apreciar la forma en la que podría resultar lesionada la imparcialidad cuando el funcionario solicita un beneficio económico para la ejecución de un acto propio de su cargo que esté obligado a llevar a cabo.



El bien jurídico que se busca tutelar en el delito de cohecho consiste en la integridad y lealtad del funcionario del Estado, así como el cumplimiento de los deberes que al mismo le hayan sido impuestos por razón del ejercicio del cargo.

Los deberes de los empleados públicos no se justifican por sí solos, sino que su existencia obedece a que los mismos se tienen que conducir a la prestación de un servicio para la comunidad. O sea, esos deberes no son el bien jurídico del cohecho, sino que su cumplimiento permite la protección del auténtico bien jurídico tutelado por este delito.

Además, el delito de cohecho tomando en consideración el modo en el cual se produce la afectación del bien jurídico, puede ser de lesión o de peligro.

Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. ello, debido a que si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para la ejecución de un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera adecuada.

En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular. Ello, debido a que si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se tenga que prestar de forma adecuada, toda

vez que no se encuentra en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque ello generará un peligro de que ocurra de esa manera.

El empleado público que acepte recibir mayores derechos que los que se encuentran señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para la ejecución o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos tiene que ser sancionado.

“En lo que respecta a los derechos que están indicados por razón del cargo del empleado, se tiene que incluir aquí a todos los casos en que los funcionarios se encuentran facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público”.²¹

En relación al beneficio económico para la realización de un acto, en razón del cual no están señalados los derechos al funcionario, cabe anotar la hipótesis en la cual éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. Ello, puede presentarse en dos situaciones. La primera, cuando nunca puede cobrar al público por sus servicios; y la segunda, cuando encontrándose facultado en general para cobrar por sus servicios, en algunos casos se le limita hacerlo.

Esa infracción de deberes del cargo del funcionario no únicamente se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. De

²¹ *Ibid.* Pág. 201.



forma particular, ello último puede tener lugar cuando el acto direccional que lleva a cabo importa una desviación o un exceso del poder que se le haya conferido.

La figura se agrava cuando en la realización del delito de cohecho se acepta el beneficio económico para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, y esta infracción consiste en ejercer influencia en otro empleado con la finalidad de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado.

La tesis constituye un aporte de importancia para estudiantes, profesionales y ciudadanía en general, al dar a conocer la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público en la sociedad guatemalteca.





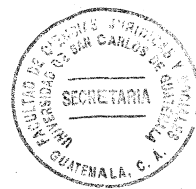
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La concepción de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de las funciones de las entidades del sector público, ha sido entendida de forma común como la utilización del uso desviado del poder público, para la obtención de beneficios personales y ha sido una práctica constante a lo largo de la historia, pero durante las últimas décadas ha adquirido grandes magnitudes. Actualmente, los comportamientos corruptos no conocen fronteras y abarca a países industrializados y a democracias consolidadas.

Este delito ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que lesiona a todas las sociedades y economías y debido a su dimensión transnacional de la corrupción, las iniciativas del país para luchar contra ella se han mostrado insuficientes, siendo indispensable una respuesta debidamente coordinada de todos los Estados del área global. Además, es un fenómeno que se ha ido expandiendo producto del capitalismo, y es un problema relacionado con el Estado, la sociedad política y la transparencia de las relaciones.

Con el trabajo de tesis se recomienda llevar a cabo un análisis de las conductas en donde exista la concesión de beneficios ilícitos en la realización de actos en el ejercicio de funcionarios públicos, para así sancionar a quien en el ejercicio de sus funciones busque la obtención de finalidades propias, afectando con ello los valores propios de la ética pública, los cuales son de la mayor exigencia al tratarse de un régimen democrático.





BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Sobre la reforma de los delitos de funcionarios**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Jurídica, 1983.

BALLÉN, Rafael. **Corrupción de funcionarios públicos**. 5ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez, 1994.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 2ª. ed. Barcelona, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1989.

CASAS BARQUERO, Enrique. **Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho**. 3ª. ed. Salamanca, España: Ed. Oneca, 1989.

DÍAZ CONLLEDO, Juan Miguel. **El delito y la ley penal**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Bilbao, 2002.

GIMENO LAHOZ, Ramón Antonio. **Comentarios sobre el delito de cohecho**. 2ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1985.

GRANADOS PÉREZ, Carlos Manuel. **El instrumento en el delito de cohecho**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Judicial, 1994.

LABATUT GLENA, Gustavo Enrique. **Derecho penal**. 4ª. ed. Chile, Santiago: Ed. Jurídica, S.A., 2001.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Lecciones de derecho penal**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1989.

MIR PUIG, Carlos. **Los delitos contra la administración pública**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. 4ª. ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.



OLAIZOLA NOGALES, María Inés. **El delito de cohecho**. 2ª. ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1988.

OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. **Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias**. 5ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2003.

POLITOF LIFSCHITZ, Sergio Alejandro. **Los actos preparatorios del delito**. 3ª. ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 1999.

RAYMUNDO SOTO, Joel Ricardo. **La corrupción generalizada**. 5ª. ed. Chile, Santiago: Ed. Servicios Públicos, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis Enrique. **Transfugismo retribuido y cohecho**. 5ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Amanecer, 2002.

VALEIJE ÁLVAREZ, María Inmaculada. **El tratamiento penal de la corrupción del funcionario**. 5. ed. Madrid, España: Ed. Edersa, 1995.

VERA VEGA, Jaime Andrés. **El delito de tráfico de influencias**. 4ª. ed. Santiago, Chile: Ed. La Ley, 2004.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.